慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	明治二十三年民法 (舊民法) における戸主權 (三・ 完) : その生成と性格
Sub Title	The rights of a head of a family (koshu-ken) in the Japanese civil code (1890) (3)
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.8 (1954. 8) ,p.36- 75
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540815-0036

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

明治二十三年民法（舊民法）における戸主權（三・完）

――その生成と性格――

手塚　豐

一　はしがき
二　舊民法典編纂過程における戸主權
　一　第一草案の成立と戸主權
　二　第一草案の修正と再調査案における戸主權……本誌第二十六卷第十號
　三　再調査案の修正と元老院提出案における戸主權
　四　元老院における審議と修正……本誌第二十七卷第六號
三　舊民法における戸主權……以下本號
　――明治民法と對比して――
四　むすび

三　舊民法における戸主權

――明治民法と對比して――

前章で述べたごとく、舊民法人事編第一草案が、再調査案、元老院提出案を經て舊民法に發展した經過は、第一草案の進歩的構想が逐次後退し、「家族制度」的要素が固定、充實していつた過程であつた。殊に最後の審議が行われた元老院にお

いては、「慣習にないこと」（三浦安議官の言葉）、「美風を損しますること」（小畑美稲議官の言葉）を徹底的に削除するという立場から、思い切つた大修正が行われたのであり、公布された舊民法人事編を第一草案のそれと比較するならば、全く立法精神を異にする法典が出現したものといわざるをえない。[1] 從來、舊民法人事編の性格に關しては、それを明治民法親族編と比較して「より進歩的」と規定する立場と、同じように「半封建的」と考える見解が對立している。前者の說は、平野義太郎氏、玉城肇氏、星野通博士等をはじめ多くの學者によつて主張されるものであつて、それに關する「通說」ともいえるのである。[2] 中田薰博士は、本稿の「はしがき」で述べたように、戶主權は「封建制の殘滓ではない」という異色ある立場からではあるが、舊民法には戶主權が存在せず、明治民法にはじめて出現したと說かれている。このことは、戶主權を中心とする兩法典の比較に關する限り、博士の說が期せずして「通說」と共通點をもつものといえよう。後者の說は、我妻榮教授、中川善之助教授もすでに述べておられたが、[3] 最近、中村菊男教授によつて詳細に且つ强く主張され、星野博士との間に數回にわたる論爭が行われている。[4] かつて私も、星野博士の「民法典論爭史」（昭和二十四年版）を本誌に紹介した際、舊民法人事編を「明治民法に對比して勝るとも劣らざる半封建的民法であつた」と規定し、甚だ簡單ではあつたが、星野博士の所論を反駁したことがある。[5] 兩法典の性格を比較考察することは、明治法典爭議の本質を究明する際、缺くべからざる前提でもあるので、なお今後多くの檢討がなさるべき明治法制史の重要課題であろう。しかし、その問題の全般的に亙る私見を詳しく述べることは他の機會にゆずり、ここでは本稿の主題の範圍內において、その問題を究明したい。すなわち「家族制度」の中核をなす戶主權とその周邊の規定を採りあげ、兩法典の條文の內容、性質を比較、考察したいと思うのである（特に明記せざる限り、舊民法として掲げる條數は、人事編のそれである）。

（一）戶主と家族の關係

明治民法第七百三十二條第一項　戶主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス

舊民法第二百四十三條第一項　戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ

戸主と家族の關係を規定したもので、兩法典共に「戸主及ヒ家族」の章の（明治民法は第四編第二章　舊民法は人事編第十三章）冒頭條文である。明治民法は親族という言葉を六親等内の血族、配偶者、三親等内の姻族の總稱に用いているに反し（七二條五條）、舊民法では、配偶者を親族の概念に含ませず、また親族は「血族」だけを意味し（一九條）、血族と姻族とを總稱する言葉を使用しないので、兩法典の條文に、用語上の形式的相違があるのは勿論であるが、實質的内容についてはどうであろうか。明治民法の立法理由を書いた「民法中修正案理由書」[6]には「本條（明治民法―手塚註）ハ專ラ舊慣ニ仍レルモノニシテ人事編第二百四十三條第一項ト大差ナシ」とあり、我妻教授[7]、中村教授[8]等も、同様に實質的には相違がないことを主張されているが、「通說」は兩者の間に大きな相違をみとめている。例えば、玉城氏は次のようにいわれている。

人事編に在つては、戸主の配偶者が主なる家族員の位置に置かれ、その他の親族及び姻族は、副次的な位置に置かれてゐる。……これに反して現行民法（明治民法―手塚註）の規定を見るに、戸主の配偶者のことをとり立てて云はず、從つて戸主の配偶者は他の親族に比して特に主要な家族構成員とは考へられてゐないやうに思はれる。……人事編に在つては、戸主とその配偶者とが、一家の主要な構成員であると云ふ單一家族的觀念が比較にならぬ程主要な内容を占めて居り、その他の親族及び姻族を家族のうちに包含せしめたのは、單に「舊慣」に追隨したものであることが明らかであるに反して、現行民法では、そのやうな單一家族的觀念の要素は、全く抹殺されてゐる。[9]

星野博士の所論も同趣旨であり、[10]さらに青山道夫教授もこの說を支持しておられるようである。[11]

舊民法第二四三條の成立の經過を考えると、まず第一草案においては、前にも掲げたように「獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主トナシ其家内ニ在ル親族ヲ家族ト爲ス、戸主及ヒ家族ノ婦ハ其戸主ノ家族ト爲ス」（三九二條）とあつた。この草案では明治民法と同じく「親族」は血族及び姻族を含むので、[12]特に兩者を分けて規定していない。ただ明治民法とは異なり、配偶者を親

族としていないので、第二項の必要があつたのである。ところが「戸主及ヒ家族ノ婦」というと、「家族ノ婦」は全て戸主の親族（第一草案第二六條は姻族を血族と同じく七親等まで認めている）であるため、その部分は第一項の「其家内ニ在ル親族」と重複することになる。第一草案を全國の府縣知事、司法官等に送り、意見を徵した際（本稿(一)本誌第二十六卷十號九頁參照）、浦和始審裁判所判事小川鐵吉の答申に「第二項戸主及ヒ家族ノ婦ハ其戸主ノ家族ト爲ス、本項ハ第一項ト異別ナケレハ削ルヲ可トス」[13]とあるが、「戸主ノ婦」まで親族と誤解した點は別として、「家族ノ婦」の文句が「第一項ト異別ナ」しと指摘したのは正しい。第一草案の審議の過程において作成された別案に「獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト謂ヒ其婦及ヒ家内ニ在ル親族ヲ家族ト謂フ」（甲案）「獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト爲ス、戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族ヲ家族ト爲ス」（乙案）（甲、乙案については本稿(一)本誌第二十六卷十號二〇頁參照）と修正されたのは、そのような第一草案の重複を避けたものと思われる。第一草案第三九二條第二項から「家族ノ婦」だけを削つて「戸主ノ婦ハ其戸主ノ家族ト爲ス」という形の第二項とせず、「戸主ノ婦」を第一項に織り込み、特に「其家ニ在ル親族」の前においたのは、單に技術的の操作であつて、[14]「戸主ノ婦」を格別に重視し、戸主及び配偶者を中心とする「單一家族的觀念」を強調するような深い意味があつたとは考えられない。何となれば、前掲別案そのものは、第一草案の「戸主ト家族」の章に「家族制度」的要素を注入せんとした最初の試案であり、その中心を成す「家」の構成の點だけが、第一草案よりも前進することは、到底ありえないからである。別案を集成して成稿した再調査案においては、さらに字句が修正され「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族ヲ謂フ」（三四二條一項）と改められた。前章でも述べたように「一家ノ長」の字句はここに初めて出現したのであり、その呼稱に相應ずるかの如く種々の戸主權も、再調査案にはじめて規定されたのである。再調査案の條文は、そのまま、元老院提出案にひきつがれたが（三五〇條）、舊民法では、「親族」の言葉を、血族だけに使用することに改められたので（一九條）[15]、それまでの草案にみられた「親族」を「親族、姻族」に分割し、前掲條文になつたものである。このような立法の經過から考察すると、舊民法第二四三條第一項は、「通說」の說くように「戸主と配偶者中心」

の「單一家族」を想定したものではなく、明治民法と同趣旨のものといわざるをえない。星野博士は「人事編二四三條……と三一年民法典七三二條……を素直に比讀するとき、當然舊法典においては戸主の配偶者が家族構成のメンバーとして重視されていると言ふ結論がでて來るのではないか」[16]といわれる。「舊民法の進歩性」という色眼鏡をかけて讀めばそうであるが、兩法典を「素直に比讀」すれば、「一家ノ長」という言葉を特別に入れている舊民法こそ、戸主の地位を明治民法よりも強く表現しているというべきであろう。

(二) 入夫婚姻の場合の女戸主

明治民法第七百三十六條　女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル　但當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ非ス

舊民法第二百五十八條　入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ

女戸主が「入夫婚姻」をした場合、從前通り戸主の地位を保つか、または入夫が戸主となるかの問題は、戸主の地位を原則として男にするかどうか、いいかえると父權的家族制度を構想したか否かを知る里標である。「通說」の立場、例えば玉城氏によると、明治民法は、原則として入夫を戸主とし、例外的に女戸主をみとめるに反し、舊民法は原則として女戸主を存續し、入夫はその權利の代行者にすぎないから「明治民法はボアソナード案に比して、男子中心の戸主權を強化したことは爭えない」[17]とされている。

舊民法の場合、第一草案は「婚姻ノ繼續中其夫ヲ以テ戸主ト爲ス」(三九七條)ものとし、例外は一切みとめず「本邦ニ於テ女戸主タル者夫ヲ迎ヘタルトキハ其夫ニ戸主ヲ讓ルノ例」を「襲用」したものとしていたが[18]、再調査案においては「婚姻ノ繼續中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ」[19](三六六條)と改められ、元老院提出案はそのままであつたが[20](三七三條)、舊民法では「繼續」の文字が削られたのである。第一草案でも「男子戸主」の原則を守つたのに、何故、再調査案において修正を加えたのか。

尾崎三良が、それに對して提出した「意見書」[21]には、立法理由を次のように述べている。

抑モ妻ヲ以テ家長ト爲シ夫ヲ以テ家族ト爲スコトハ頗ル倫理ニ悖リ隨テ社交上種々顚倒ノ奇觀ヲ見ルニ至ラン。我邦古來ノ風俗習慣ニモ反シ西洋諸國ノ法制ニモアラス。思フニ此案ヲ新設セシモノハ從來我國ノ風俗ニテ婿養子カ家督相續ヲ爲シテ戸主ト爲リタル後戸主ノ分權ヲ以テ其家產ヲ蕩盡シ其家ノ婦ヲシテ却テ困難セシムルノ情實ヲ見テ之ヲ救正セントスルノ微意ナルヘシ余モ亦同感ナリ。故ニ若シ他ニ之ヲ救正スルノ方法ナクンハ同意スヘシト雖モ民法制定ノ上ハ婦ノ特有財產ヲ保護スルノ方法アリ以テ婿養子ノ放蕩ヨリ生スル弊害ヲ防クヘシ。若シ此法ニシテ恃ムニ足ラストセハ女戸主ノ制モ亦同シク恃ムニ足ラサルナリ故ニ寧ロ斯ノ如キ新奇ナル法律ヲ設ケスシテ可ナリ

入夫を「婿養子」に類推して論じているのである。法律取調委員會においては、比較的進歩派に屬した尾崎でも、女戸主を「奇觀」として斥けている點は別として、その立法理由が「家ノ婦」を入夫の「放蕩」から守るためであり、いいかえると他家から來た入夫によつて家產が「蕩盡」されるのを防ぐ趣旨であつて、女戸主をみとめ女性一般の向上を目ざしたものではないことを注意すべきであろう。一見すると男女平等思想にもとづくように思われる舊民法の規定にも、實は「家」とその家產を重んずる思想がながれていたのである。[22] 財產取得編において「入夫カ戸主タル婦ノ財產ヲ管理」する（四二八條、明治民法八〇一條同趣旨）ことを一應みとめてはいるが、「入夫ハ戸主タル婦ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ婚姻中ノ所得ヲ讓渡シ又ハ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ス」（四三〇條本文）「管理ノ失當ニ因リ」「入夫カ」「戸主タル婦ノ財產ヲ危險ニ置クトキハ」「戸主タル婦ハ自ラ其財產ヲ管理セント請求スルコトヲ得」（四三二條）等の規定を設けたのは、それがためであつた。このように女戸主の存續が家產の擁護を唯一の目的とするならば、それ以外の點においては、女戸主に何等の權利も留保する必要はなかろう。第二五八條の規定は、そうした思想の表われたものに他ならない。「戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ」というのは、「入夫」が「一家ヲ代表シ又ハ戸主ノ爲スヘキ權利ヲ行フ」[23]ことであり、いいかえると、戸主權の行使は全面的に女戸主から入夫へ肩代りされている

ことを意味する。しかも、いかなる場合にもそれについての例外はありえず、女戸主は「只表面卽戸籍面ノミ」[24]の存在にすぎないのである。

明治民法の規定は、法典調査會において、入夫を例外なく戸主にすべしとする說と(高木豐三)、それと反對に女戸主を原則とする說(梅謙次郎)とが對立した結果[25]、兩者の妥協として生れたものであり、「入夫戸主」を原則とするも、但書で例外をみとめているから、女戸主がその地位を保持することも可能である。

このように、その成立の經過から兩法典を比較すれば、玉城說のように、舊民法は「男女平等思想に基く」ものであり、明治民法は「父權的家族制度確立ノ觀點ニ」立つ[26]とは、かならずしもいえなかろう。舊民法がもしも男女平等の思想に基いて女戸主の地位を存續したものならば、戸主權も何等かの形で女戸主に留保した筈である[27]。私は、兩法典共に「父權的家族制度」という共通の基盤に立つたものと考えるが、強いて兩者の相違をもとめるならば、家產保持以外の點では名目ばかりの女戸主をみとめた舊民法よりも、從來の慣習に反し[28]、名實共に戸主たりうる例外を、入夫を迎えた女性にもみとめる明治民法の方が[29]、男女平等思想に一歩ふみ切つたものと理解したいのである。

(三)　戸主の家族に對する扶養義務

明治民法第七百四十七條　戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フ

註　第九百五十五條第一項　扶養ノ義務ヲ負フ者數人アル場合ニ於テハ其義務ヲ履行スヘキ者ノ順序左ノ如シ

第一　配偶者

第二　直系卑屬

第三　直系尊屬

第四　戸主

第五　前條第二項ニ揭ケタル者(手塚註、夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬ニシテ其家ニ在ル者)

第六　兄弟姉妹

舊民法第二百四十四條　戸主ハ家族ニ對シテ養育及ヒ普通教育ノ費用ヲ負擔ス　但家族カ自ラ其費用ヲ辨スルコトヲ得ルトキ又ハ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ他所ニ在ルトキハ此限ニ在ラス

註　第二十六條　直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負擔ス

嫡母、繼父又は繼母ト其配偶者ノ子トノ間及ヒ婦又ハ入夫ト夫家又ハ婦家ノ尊屬親トノ間モ亦同シ

第二十七條　兄弟姉妹ノ間ニハ疾病其他本人ノ責ニ歸セサル事故ニ因リテ自ラ生活スル能ハサル場合ニ限リ相互ニ養料ヲ給スル義務アリ

第二十八條　養料ノ義務ヲ負擔ス可キ者ノ順位ハ左ノ如シ

第一　第二十六條ニ揭ケタル者

第二　兄弟姉妹

直系ノ親族ノ間ハ其親等ノ最モ近キ者養料ノ義務ヲ負擔ス

第二十九條　養料ハ之ヲ受ク可キ者ノ必需ト之ヲ給ス可キ者ノ資産トニ應シテ其額ヲ定ム

第八十四條　離婚ノ訴訟中婦ハ原告又ハ被告タルヲ問ハス裁判所ノ許可ヲ得テ住家ヲ去ルコトヲ得此場合ニ於テハ自己ノ衣服其他ノ日用物品ヲ持去リ且必要アルトキハ養料ヲ請求スルコトヲ得

裁判所ハ夫ノ意見ヲ聽キテ婦ノ移居ス可キ家屋ヲ指示スルコトヲ要ス若シ婦カ正當ノ理由ナクシテ其家屋ヲ去ルトキハ夫ハ養料ヲ拒ムコトヲ得

家督相續制度の下では、戸主に家族扶養の義務を生ずることは當然であつて、兩法典共にそれを規定する所以である。舊民法の規定よりも、明治民法の方が簡素になつた理由は、前揭「修正案理由書」によると「扶養ノ義務ノ教育マテヲモ包含スルコト及ヒ扶養權利者カ自ラ生活及ヒ教育ノ費用ヲ支辨スルコト能ハサル場合ニノミ扶養ヲ求ムルコトヲ得ルコトハ扶養ノ義務ノ章（第九五九條第一項）ニ於テ」規定し、また「但書末段ノ規定ハ割キテ之ヲ別條（七四九條）ト爲シタル」[30]ためである。そして戸主の扶養義務の内容については「異ナルコトナシ」[31]という。玉城氏も「兩者の實質的な内容についての差異はほとんどない

ように思われる」[32]といわれている。

このように戸主の扶養義務の内容が、兩法典共に同じであつたことは問題ないとするも、ここで檢討すべきは、戸主がいかなる順位の扶養義務者であつたかの點であろう。何となれば、その順位は戸主の地位をどのように考えたかを示すバロメーターだからである。明治民法の場合は、第九五五條により戸主を第四順位と規定しているから明瞭であるが、舊民法にはそのような規定が存在しないので、その點を考察してみたい。

舊民法において扶養義務關係の條文には㈠直系の親族及びそれに準ずる者(二六條二七條二八條二九條)㈡夫婦(八四條)㈢戸主と家族(二四條)の三つの場合がある。夫婦の場合を規定した第八四條は、特に正面から扶養關係を規定したものではないが(明治民法は第七九〇條で明示している)、離婚の訴訟中に別居した妻に對する夫の養料支給義務(入夫又は婿養子の場合にも第八五條により第八四條第一項の適用あり)を規定しているから、勿論解釋の結果、同居中の場合には、扶養義務があるものと考えられるにすぎない。元老院提出案第八三條「夫ハ婦ニ對シテ身分相應ノ給養ヲ爲ス可シ　婦ハ夫ノ資力不十分ナル場合ニ於テハ其資力ニ應シテ夫ヲ補助スヘシ」が削除されたのは、當然の事と判斷されたためであろう。こうした三つの扶養關係が別々に規定され、相互の關係とくにその順位を定める規定がないことは、舊民法のたしかに缺陷といえる。前章で述べたごとく、元老院委員會の通過案には、その中の㈠の場合を缺いていたようであるが、その場合には夫婦と戸主だけであるから、豫想される扶養義務の競合も割合にすくないが、舊民法には一度削つた㈠を復活したので、複雜な競合が豫測される。その場合、當然に順序の問題を規定すべき筈であつたが、おそらく機械的に㈠だけを復活、公布したのであろう。しかし、たとえ法典が不備であつても、その缺陷は、法の解釋を以てこれを補わなければならない。ところが、舊民法の註釋書でその點を論じたものは、私の知る限りでは、梅謙次郎博士の「法典批評」だけである。博士は「余輩の見る所を以てすれば、扶養の義務の内、最も廣きものは親屬の間なり、次は戸主の親族に對する義務なり、夫婦間の扶養の義務は最も特別なり、特別なるものは最も先にすべし、故に第八十四條及び第八十五條の

扶養の義務を第一位とし」その適用なきときか「又は夫婦なるも資力なきときは戸主をして扶養せしむへし、次に扶養を受くへき者か戸主なるか又は自己か戸主にあらざるも戸主に資力乏しきとき始めて第二十八條を適用すへし、然れとも明示なきときは、徒らに疑惑を招くのみなるを以て宜しく明らかに之が規定を設くへし」[33]といわれている。條文間の順位についての客觀的考察として定に妥當な見解というべきであろう。この解釋を、明治民法第九五五條のように書きあらわすとすれば、第一に配偶者、第二に戸主、第三に直系親族（親子又は親屬に準ずる者を含む）、第四に兄弟姉妹ということになる。元老院提出案第一五六條「父母ハ子ヲ養育シ訓戒シ及ヒ教育スルノ義務ヲ負フ」（三項三項略す）を削除し、戸主の扶養義務を「養育及ヒ普通教育ノ費用」[34]というがごとき、きわめて實質的文言で規定し、さらに直系親族及び兄弟姉妹の間の扶養義務も削除したとつたえられる元老院調査委員會の立法企圖は、戸主の扶養義務をもつとも重視していたものと推測される。この舊民法の制定で、直接の影響をうけたのは小學校令であつた。それまでの小學校令（明治十九年四月勅令第一四號）によると、學齢兒童の就學義務者は「父母、後見人」（四條）であつたが、舊民法公布直後の改正小學校令（明治二十三年十月勅令第二一五號）によると、學齢兒童を保護すべき者は、文部省令（明治二十四年第一六號）を以て定められ、それには父母たる戸主（第一順位）、父母が戸主でない時は父母と戸主（第二順位）、戸主の後見人か後見人たる成年戸主（第三順位）、戸主が後見人でない時は、後見人と戸主（第四順位）の順序が規定された（一條）。同令に關する「文部省説明書」には「學齢兒童ヲ尋常小學校ニ就學セシムルコト」（小學校令第二〇條）は父母の義務であるが、「學齢兒童ノ爲メニ授業料ヲ納ムルコト」（同前第四四條）は戸主の義務であるとし、それは「人事編ノ規程ト本邦舊來ノ慣行トヲ考ヘ以テ之ヲ規定セリ」[35]といつている。從來、かならずしも明白でなかつた戸主の義務が、舊民法によつて明らかになつたので、他の立法に影響をあたえた一事例であろう。明治民法施行後、約二ヵ年を經て小學校令はふたたび改正され（明治三十三年八月勅令第三四四號）、學齢兒童の保護者は「學齢兒童ニ對シ親權ヲ行フ者又ハ親權ヲ行フ者ナキトキハ其後見人ヲ謂フ」（三二條）と修正された。それは、明治民法が親權の内容を「未成年ノ子ノ監護及教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」（八七九條）と定めたことに對應せしめたもの

にほかならない。このような小學校令の變化は、兩法典における戸主の義務の相違が如實に反映したものであり、舊民法が明治民法よりも戸主の義務を重んじた何よりの證據であろう。

(四)　戸主の家族に對する居所指定權

明治民法第七百四十九條　家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シテ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ル

前項ノ場合ニ於テハ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ家族カ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得但其家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ス

註　本條第三項は昭和十六年に一部改正が行われたが、右は制定當時の文言を示す。

舊民法第二四四條但書（前掲）

舊民法は間接に居所指定權をみとめているに反し、明治民法は積極的にそれを規定し、しかも、それに反した場合の催告、離籍の權利をも加えている。それがため「通說」は、明治民法の戸主權が特に强化された事例として、本條を特に重視している。舊民法の規定は、第一草案審議の途中の別案に(本稿(一)本誌第二十六卷十號二〇頁)あらわれ、再調査案以來變らざる文言で成立したものである。その際、明治民法のように、積極的な趣旨に修正する提案が出された形跡もない。

明治民法の場合は、最初の原案から居所指定權が前面に持ち出されはしたが、離籍權を追加したのは、法典調査會の審議の結果である。[36] それは從來の慣習を成文化したものではなく、戸主權の觀念的强化策であつたといわねばならない。[37] 從つて、舊民法にそうした規定がみられないのは、星野博士のいわれるように「戸主權骨拔」をねらつたため、はなく、[38] 從來の慣習以上のものを規定する企圖がなかつたにすぎないのではなかろうか。とはいえ、私もまた居所指定權については、明治民法が舊民法よりも一段と强化されている事實を率直に承認するものである。[39]

(五) 戸主と家族の財産關係

明治民法第七百四十八條　家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス

戸主又ハ家族ノ孰レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ戸主ノ財産ト推定ス

舊民法第二百四十五條　家族ハ特別ニ職業ヲ營ムニ因リテ取得シタル利益及ヒ其賓帶シ又ハ遺産相續、贈與若クハ遺贈ニ因リテ取得シタル財産ノ所有權ヲ有ス

然レトモ家族カ其家ノ爲メ消費シタル財産ニ付テハ戸主ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得ス

家族の特有財産をどの範圍までみとめるかは、戸主の地位の強弱、すなわち「家族制度」の程度を示す尺度である。兩法典を比較するに、明治民法の方が舊民法よりも、家族の特有財産の範圍を擴大していることは疑いえない。玉城氏も「舊民法」が「新民法」(明治民法—手塚註)に比して「特有財産の範圍が極めて局限されていたことに注意すべき」であるとし、それを擴大した明治民法の修正は「日本資本主義の發展の段階に照應した」[40]ものであるとされている。明治民法第七四八條第二項の「戸主財産ノ推定」が、舊民法に存在しないことは、戸主に取つて不利のようにもみえるが、家族の特有財産を限定的に規定しているから、推定をうける必要が、明治民法の場合よりすくないものと思われるので、實際にはそれほどの相違があるものとは考えられない。それよりも、明治民法の場合に舊民法第二四五條第二項に該當する規定を缺くことは、家族に取つてかなり有利な結果を招いたことになろう。前掲「修正案理由書」によると「家族カ其家ノ爲メ消費シタル財産カ自家ノ生活ニ必要ナル範圍内ニ於テハ自ラ之ヲ負擔スヘキコト勿論ニシテ別ニ明文ナキモ敢テ戸主ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得サルヘク若シ又此程度ヲ超エテ戸主ニ立替ヲ爲シタルトキハ親族關係ニ因リ家族カ戸主ヲ扶養スル義務ヲ負ヘル場合ヲ除ク外其償還ヲ求ムルコトヲ得スンハアルヘカラス」[41](圖點—手塚)と、削除した理由を述べているが、舊民法では家族が家のため「戸主ニ立替」をした場合、理由の如何にかかわらず一切その償還が許されないから、戸主に取つては寔に有利であつたとみていい。

ところが、中田博士は、この規定を「……戸主ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得」(圏點手塚)として引用され「過去に類例を見出すこと能はざる近代法的の規定であつて、戸主の義務の新たなる擴大強化と云ふべきであらう」[42]といわれている。そして、これは博士が主張される「舊民法における戸主權義務化」の有力な一根據となつている。中田博士が利用された舊民法テキストの誤殖か、または引用の際の誤記かは判明しないが、寔に惜しむべき誤りというべきであろう。玉城氏もまた中田博士と同様に、誤まつた條文を引用し「この規定は家族各員の特有財産の確保の原則に立つものであつたが、それを削除したことは(明治民法が—手塚註)『家としての財産』の觀念が復活强化されたことを意味し、かつ財産の個人的所有の觀念が稀薄になつたことを意味する云々」[43]といわれている。實際の條文が正反對とすれば、それから引きだされた論斷もまた逆にならざるをえないであろう。私は兩法典を比較し、舊民法の方が「家としての財産の觀念」が强く、そして「財産の個人的所有の觀念」が「稀薄」であつた事實を承認せざるをえない。

(六)　戸主の家族の婚姻、養子緣組に對する同意權

明治民法第七百五十條　家族カ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シテ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子緣組ノ日ヨリ一年内ニ離籍ヲ爲シ又ハ復籍ヲ拒ムコトヲ得

家族カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ前項ノ規定ニ從ヒ離籍セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ル

舊民法第二百四十六條　家族ハ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲サントスルトキハ年齡ニ拘ハラス戸主ノ許諾ヲ受ク可シ

同　第二百四十七條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ婚姻ノ無效、養子緣組ノ無效、離婚又ハ離緣ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸ス

然レトモ此者カ婚姻又ハ養子緣組ニ付キ實家戸主ノ許諾ヲ受ケサリシトキハ戸主ハ復歸ノ事由ヲ知リタル日ヨリ一ヶ月

内ニ身分取扱吏ニ申立テ復歸ヲ拒ムコトヲ得

星野博士と中村教授との間に行われた論争の重要な問題点の一つである。まず明治民法の場合は、家族が婚姻又は養子縁組をするには、戸主の同意が必要であるが（七五〇條）、しかし、この同意は絶對的のものではなく、當事者が「戸籍吏カ注意ヲ爲シタルニ拘ラス」敢えて屆出を爲せば、結局その婚姻、養子縁組は有効に成立する（七七六條八四九條）。そこで、その場合に戸主の制裁が問題になる。それには「一年内」の離籍と、復籍拒絶とがある（七五〇條二項）。前者は家族が婚姻、縁組により妻、養子をその家に入れた場合、後者は家族が婚姻、縁組により他家に入つた場合に行われる。いずれも戸籍法に從い、戸主からの屆出が必要である（一四八條一五〇條—明治三十一年戸籍法、以下同じ）。この制裁を行うか否かは全く戸主の任意である。なお、前述の制裁は法定推定家督相續人に對しても行いうることを注意すべきであろう（七四條二項）。

これに對し、舊民法の場合は、かならずしも明瞭でない部分があるので、種々の見解がわかれるのである。次に、舊民法の規定を明治民法と比較しつつ分説してみよう。

(a) 家族が婚姻、養子縁組をする場合には、戸主の許諾が必要である（二四六條）。この點は明治民法と同様である（七五〇條一項）。明治民法では、婚姻又は養子縁組の屆書に「同意ノ證書ヲ添ヘ又ハ同意ヲ爲シタル者ヲシテ屆書ニ同意ノ旨ヲ附記シ之ニ署名捺印セシメ」（戸籍法八七條一〇三條）戸主の同意を證する。舊民法では婚姻も養子縁組も、身分取扱吏への申出、儀式、身分取扱吏への屆出の三段階を規定し、「儀式ヲ行フ」事が、婚姻、養子縁組の成立時期であるが（四三條四七條四九條一一三條一一四條一二四條）、戸主の同意は、婚姻、養子縁組の申出を爲す時に行う。何故かといえば婚姻の申出を爲すとき提出すべき書類に「婚姻ニ必要ナル許諾書」（四四條第三）、縁組の申出を爲すとき提出すべき書類に「縁組ニ必要ナル許諾書」（一一四條第五）とあるからである。「民法正義」の解釋も同様である。[44] 元老院提出案においては、前にも述べたように「戸主ノ許諾書ハ推定家督相續人ニ付テハ婚姻又ハ縁組ヲ爲サントスルノ申出ヲ爲ス時其他ノ家族ニ付テハ婚姻又ハ縁組ノ儀式ヲ行ヒタル屆出ヲ爲ス時ニ於テ之ヲ身分取扱官吏ニ差

出タス可シ」(三五四條三項)と、許諾書提出の時期を明示していたが、元老院にて削除されたのである。その理由として考えられるのは(一)推定家督相續人以外の家族に對する許諾書を婚姻、緣組の屆出の時に提出させると、それは、すでに婚姻、緣組の成立後であるから、戸主の許諾が有名無實になること、(二)婚姻、緣組の申出の時に提出させるとすれば、すでに前掲第四四條第三、第一一四條第五に「必要ナル許諾書」[45]とあるから、ここに重複して掲げるまでもないこと、であろう。

なお、ここで「家族の養子緣組」というのは、推定家督相續人が養子を取る場合と、推定家督相續人以外の家族が他家の養子となる場合であり、推定家督相續人が他家の養子となり(一一一條三項の例外は後述する)、または推定家督相續人以外の家族が養子を取る場合は含まないものと解すべきであろう。何故かといえば、前者は第一一一條二項、後者は第一〇九條が明文を以て禁止しているからである。他の條文が禁止している行爲に戸主の許諾の問題は生ずる餘地がない。「民法正義」には、この點の説明を缺いているが、樋山廣業著「民法人事編俗解」はそのような縮小解釋を明らかに述べている。[46]

(b) 前述のごとく、私は推定家督相續人が他家の養子になり、または、推定家督相續人以外の家族が養子をむかえる場合は、舊民法第二四六條とは、直接に關係のない事項と思うのであるが、殊にその後者の場合は、從來、第二四六條と關連して問題になつている點なので、ここで便宜上それについて考察しておきたい。舊民法は「家のための養子制度」の立場を嚴格に固守し、養親たりうる者は戸主と「戸主ノ許諾ヲ得タル」推定家督相續人に限定している(一〇九條)。從つて、それ以外の者が養親になることを認めない。しかし、もしも推定家督相續人以外の一般家族が、そのような養子緣組を身分取扱吏に申出、その「差止め」(一一三條四六條)にもかかわらず、儀式をあげ屆出をした場合は、緣組は一應有効に成立する。けれども、第一二八條は「緣組ハ本章第一節ニ定メタル條件ノ一ニ違背シタルトキハ無效トス」「此無效ハ……當事者其他現實ニ利益ヲ有スル者及檢事ヨリ何時ニテモ之ヲ請求スルコトヲ得」と、いわゆる「絶對的無效」(舊民法の無效は明治民法の取消に當る)を規定するので、第一〇九條に違反する養子緣組はこれに該當する。ところが、このような「絶對的無效」の養子緣組について、無効訴權者に戸主

が明文を以て規定されていないことから「家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ全ク制裁ヲ缺キ戸主ノ承諾ナキ養子カ其家ニ入リテ永ク其扶養ヲ受クル權利ヲ有スヘキノミナラス勤モスレハ相續權マテモ得ントスルカ如キ不當ノ結果ヲ生スヘシ」[47]と、前掲「修正案理由書」は主張する。この說明に云う「家族」の意味は不明確であるが、推定家督相續人以外の家族を指すのであろう[48]。「通說」は、この理由書に歩調を合せて、戸主に戸主たる資格の制裁方法がないことを強調するのである。例えば玉城氏は「家族が戸主の同意を得ないで養子を爲した場合の制裁を全然缺如してゐる」「家の財産が戸主の意に滿たない養子に相續されるような効果を來す恐れのある規定が設けられていた」といわれる[49]。しかし、前掲理由書にある「家族」という言葉を、そのままで使用されているので、推定家督相續人の場合をも含むのかどうか、明らかでないし（それを含む意味に「家族」の言葉を用いられたとするならば、舊民法第一三〇條を見落されたことになる）、また前述の第一二八條の解釋については、全く言及されないので、法律論としては甚だもの足りない。星野博士の所說は、推定家督相續人が、戸主の許諾を得ないで養子を迎えたときは、戸主に無効訴權があるので（一三〇條）、その點は一應除外し、推定家督相續人以外の家族の養子取りを問題にされるのである[50]。そして、最初は「推定家督相續人以外の」「家族が一〇九條に違背し、敢て養子を行ふたときには擧式によつて成立した緣組は一〇九條一二八條一項によつて無効となりつつ、しかも戸主に無効訴權なきため、……戸主は緣組の無効訴求をなし得ず、從つてその緣組は結局有効とならざるを得ない」。また「戸主は養親養子を離籍し得ない。從つて養子は家族の一員となつて、戸主は好むと好まざるにかかわらずこれを扶養しなければならない場合さへ生じて來る」[51]といわれ、戸主に無効訴權をみとめる場合は絕對にありえないとする立場を取つておられた。しかし、その後中村教授の批判がなされるに及び、若干その說を變更されたようである。その後の博士の所見によれば第一二八條の無効訴權者の「現實ノ利益ヲ有スル者」という意味は、「現實に金錢を以て計算しうる利益」のことであり、戸主の扶養義務も親の扶養義務の後順位であるから、常にそうした「現實ノ利益」を有するとはいえず、戸主の家族遺產に對する相續權も單なる期待權であるから（財產取得編第三一三條により戸主は卑屬

親、配偶者に次いで第三順位の相續權をもつ)、これもまた「現實ノ利益」とはいえない。ただ戸主が自己の順位において相續を開始せんとする場合、いいかえると「既得權としての相續權の如く無効訴求につき現實の利益を戸主が有するにいたつたとき、はじめて無効訴權を持つにいたる」とされるのである。[52] このような例外は、はじめは主張されなかつたことであつた。檢事の無効訴權については、全然言及しておられない。

中村教授の所説は、そのような養子緣組は「公益に關するもの」であるから「公益の保護者たる檢事」が無効訴權者に加えられており(一〇六條二項)、同時に戸主も「家族の扶養義務者」であると共に、「家族の遺産に對して第三順位者としての相續期待權をもつている」から、「現實ノ利益ヲ有スル者」として無効訴權を有するとされるのである。[53]

このように、「推定家督相續人以外の家族の養子取り」の問題は、星野博士對中村教授の論爭における一焦點である。次に私の見解を述べたい。

先きに私は、このような養子緣組は第二四六條の「養子緣組」の中には含まれていないと述べた。そのわけは、戸主の許諾の有無に關係なく禁止されている緣組だからである。この禁止(一〇九條一項)に對應するものが、第一二八條であることも前に述べた。舊民法第一二八條に當る再調査案は第一七一條であるが、そこでは無効訴權者として「當事者其他現實ノ利益ヲ有スル者」だけをあげている。法律取調委員會において、槇村は「公ノ秩序ニ關スル故ニ檢事ヲ入ル(レー脱か)」ことを提案、松岡もまた「無效訴權ヲ爲スニハ現實ノ利益ヲ有スル者ニ限ラス檢事ニモ其訴權アルモノトシタシ」と主張し、北畠、尾崎忠治等の賛成を得て[54]元老院提出案に實現し(一一八條三)、そのまま舊民法になつたものである。この際、戸主を加える提案が行われたような形跡はない。村田、槇村等が、もしも「戸主」を入れることを提案したならば、法律取調委員會においては疑問もあるが、元老院調査委員會では實現しえた筈である。それなのに、何故「戸主」を入れなかつたか。星野博士は「戸主の家族支配權弱化をねらつて一二八條に戸主を加へざりしものと思量されるのである」[55]といわれるが、前章で述べた元老院の雰圍氣から

みて、そうしたことは到底考えられない。私は、彼等が「檢事」を加えることによつて、第一〇九條を含む全ての重大な瑕疵ある養子縁組を（一〇六條から一一一條まで）「當事者及現實ノ利益ヲ有スル者」だけの意思にまかせず、全面的に「無效」を請求せしむる企圖であつたものと考えたい。[56] 戸主及推定家督相續人以外の者が、養親となるがごときことは、舊民法における養子制度の根幹をゆるがす行爲であり、それを放任することは、槇村のいわゆる「公ノ秩序」に反する。それは、戸主の許諾の有無を超えた問題である。前章において述べたような舊民法制定の經過からひき出される「立法精神」を前提として省察するならば、養子縁組の「絶對的無效」の場合は、そのように理解さるべきではなかろうか。從つて前掲「修正案理由書」の「戸主ノ承諾ナキ養子カ其家ニ入リ云々」[57] というがごとき事態は原則としておこりえないというのが、私の結論である。私の結論では、戸主が「現實ノ利益ヲ有スル者」に入るや否やの問題を生ずる餘地はほとんどないが、假に百歩をゆずり、檢事が無効訴權を行使しない場合、あるいはその行使に先立ち、戸主は「現實ノ利益ヲ有スル者」として、その訴權を行使し得るや否やといえば、私は條件付で中村教授の積極說に贊成したい。前にも述べたように私の見解では、戸主の家族に對する扶養義務は親よりも先順位である。それがため家族の養子に對しても、その養子が「其費用ヲ辨スルコトヲ得サルトキ」は、養親ではなく戸主に扶養義務があるとすれば、その場合に戸主が「現實に金錢を以て計算しうる財産的利益を持つ」といいうるであろう。星野博士は、前述のごとく養親の扶養義務が戸主のそれに優先するとの前提から「戸主はただ戸主たるの故を以て常に必ず養育義務者たる地位にあるとは云ひ得ず」[58] とされるが、それならば、例えば養親が死亡したような場合、すなわち戸主に扶養義務があると確實にみとめられるときは、「現實ノ利益ヲ有スル者」として戸主に無効訴權をみとめられるのであろうか。それを肯定されるならば、戸主が扶養の義務を負わないときだけ、前述の養子縁組が有効に繼續するのであり、「好むと好まざるにかかわらず、戸主はこれを扶養しなければならない」[59]（圏點手塚）という狀態は、星野博士の見解においてもありえないことになろう。

中村教授の論據とされる「戸主の家族遺産に對する相續權」は、前述の星野博士の指摘のごとく、單なる期待權のままでは「現實ノ利益」の根據とならないものと、私も考える。

以上述べたごとく、推定家督相續人にあらざる家族の養子取りは、舊民法では複雜な問題を生ずるが、明治民法では、それを禁止していないから、戸主の許諾があれば有効であり、それがなければ、家族たる男子が戸主無許諾で嫁を迎えた場合と同じく、戸主離籍權の問題が發生するにすぎない。

(c) 推定家督相續人が第一一一條二項に反し、他家の養子になつた場合も、(b)と同じく第二四六條とは關連しない問題であるが、ついでに考察しておく。これもまた第一二八條の「絶對的無效」の場合に該當し、原則として檢事によつて無効訴權が行使される。戸主の許諾の有無は問題にならない。ただ、この場合は戸主が「現實ノ利益ヲ有スル者」とはならない點を注意すべきである。明治民法は推定家督相續人の去家を禁ずる明文を有するので(七四條)、立法解釋としてはそれを無効とすべきであろう(實際上の判例については、後述する)。

(d) 男子たる推定家督相續人が戸主の許諾なくして入夫婚姻により他家に入るか、または女子たる推定家督相續人が戸主の許諾なくして婚姻により他家に入る場合。舊民法には明治民法のごとき推定家督相續人去家禁止の規定がないので、[60] これをその點で無効にする方法はない。これらの婚姻は、婚姻申出の折の「戸主許諾書」(四四條第三)を缺くので、身分取扱吏から「差止」をうけるが(四六條)、敢て儀式を行い屆出をすれば一應有効に成立する。しかし、第五九條第一の「身分取扱吏」の「差止ヲ受ケタルニ拘ラス儀式ヲ行ヒタルトキ」に該當し、同條により第五六條所定の者すなわち「双方、尊屬親、又は現實ノ利益ヲ有スル者」あるいは「檢事」から「婚姻儀式後一个年ヲ過キ」ざる間に、無効の請求が行われる場合に該當する。いわゆる婚姻の「相對的無效」の場合である。推定家督相續人は戸主の卑屬親であるから(財産取得編第二九五條)、逆にいえば、戸主はかならずその者の尊屬親である。從つて、戸主は「戸主」としてではないが「尊屬親」として常に儀式後一年間は無効訴權を

有するのである。明治民法の場合は去家禁止を明文にて禁止してはいるものの、敢てその禁止を侵した縁組届、婚姻届が受理されたときは、有効とする判例が行われていた。[61] その場合に戸主無許諾ならば、復籍拒絶権の問題が生ずるのである。

(e) 定家督相續人が、戸主無許諾で養親となる場合。第一〇九條但書違反の養子縁組である。これも(b)(c)同様に瑕疵ある養子縁組であるが、一應有効に成立する。しかし第一三〇條によれば「第百九條但書ノ規定ニ違ヒタル縁組ノ無效ハ」「養家ノ戸主」が「縁組ヲ知リタル後」「三个月」以内は無効訴權を有する「相對的無效」の縁組である。もつとも明白に戸主に無効訴權をあたえているので、この問題は、解釋上疑問を生じない。明治民法の場合は、戸主に離籍權を生ずる。

(f) 推定家督相續人たる男子が戸主無許諾で婚姻をした場合。嫁を迎えたときである。この場合は前掲(d)に全く同じ。「相對的無效」であり、戸主は「尊屬親」として常に「一个年」の無効訴權をもつ。また(b)で説明したように戸主が「現實ノ利益ヲ有スル者」に該當する場合もあろう。我妻教授は「何等の制裁なきもの」[62]とされているが、遺憾乍らその解釋に、私は贊成しえない。明治民法では戸主に離籍權があたえられる。

(g) 推定家督相續人以外の家族が、戸主無許諾で婚姻、または養子縁組で他家へ入る場合。このときも、また瑕疵ある婚姻、養子縁組であるが、一應有効に成立する。婚姻の場合は、(d)(f)と同じく第四四條第三、第四六條、第五九條、第五六條により、「相對的無效」であるが、戸主がその家族の尊屬親ならば、儀式後一ヵ年間、戸主にも尊屬親として無効訴權があり、それ以外は檢事にだけ無効訴權が期待される。養子縁組の場合は、第一一四條第五、第一一三條、第四六條、第一二九條、第一二八條により、同じく「相對的無效」として儀式後一ヵ年間、檢事の無効訴權が期待される。なお、推定家督相續人が「本家ヲ承繼スル」必要から本家の養子になることは、第一一一條三項が例外として許しているから、その場合に戸主の許諾がなければ「相對的無效」として前述の場合と同様の結果を生ずる。

(h) 推定家督相續人以外の男子が戸主無許諾で婚姻する場合は、第二五〇條が「推定家督相續人ニ非サル家族タル男子カ戸

主ノ許諾ヲ受ケスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ一家ヲ新立ス」と明文を以て規定している。本來ならば、この婚姻も「相對的無效」の場合であるが、第二五〇條はその例外規定とみるべきであろう。前掲「修正案理由書」は本條を批評し「家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ妻ヲ娶リタル場合ニ於テハ當然一家ヲ創立スヘキモノトシ自活スルコトヲ得ル家族ニ在リテハ却テ戸主ノ羈伴ヲ脱スルヲ喜フノ奇觀ヲ呈スヘク云々」[63]といつているし、「通說」もまたこの批評を支持し、明治民法が同じ場合に戸主に離籍權をあたえたことを、戸主權を强化したものとしている。[64] これに反して、中村教授は、「家族が一家を新立するということは自己の直系尊屬の遺產の第一順位相續人たる地位を失うことを意味し、經濟上の保證をうけない。これは封建的家族關係からも個人を解放するものでなくて、個人を追放するものと解釋せられるのである」[65]といわれる。

第二五〇條と同趣旨の規定は、もちろん第一草案にはなかつたが、別案にあらわれ、甲案では「分家ヲシタル者ト看做ス」とあつたが、乙案では「一家ヲ新立シタル者トス」と改められ(本稿(一)本誌第二十六卷十號二一頁參照)、それが再調査案(三五條)、元老院提出案(三六〇條)を經て舊民法に、ほとんど變化なく傳えられたものである。他方、再調査案、元老院提出案共に第一草案(三九條)、別案甲案(五條)、乙案(五條)と同じく「家族ハ推定家督相續人及ヒ自治產ニ至ラサル未成年者ヲ除クノ外分家ヲ爲」しうる規定を有していた(再調査案三四八條元老院提出案三五五條)。分家が、戸主の同意を必要としなかつた點は、最後まで一貫していたのである。甲案が「分家ト看做ス」としたものを、乙案が變更して「一家ヲ新立シタルモノトス」としたことは、それ以來、分家とは別の意味で、前掲規定を考えたものにちがいない。分家の自由があるのに、わざわざ家族が「戸主ノ羈伴ヲ脱スルヲ喜フ」爲の規定を別に設ける必要はなかろう。とすれば、再調査案ではじめて明確に出現した家族の婚姻、養子緣組に對する戸主の同意權に相應じ、許諾をえない家族に對する「制裁」として、それを規定したと理解すべきであろう。[66] 中村教授のいわゆる「追放」である。もつとも「自活スルコトヲ得ル」家族に對しては、餘り効果のない制裁であつたことは爭いえない。しかし、それは明治民法も同樣である。戸主の離籍權行使を覺悟すれば、戸主の許諾なくして、有効に婚姻、養子緣組をなしうるからであ

る。舊民法第二五〇條が家族分解の傾向を助長し、明治民法がそれを防止する方向に立つていたとする「通說」の見解には、私は贊成しえないのである。

(i) (c)の場合のように、養子緣組の「絕對的無效」の場合や、あるいは(d)の場合のように戶主が常に自ら「尊屬親」として無効訴權を行使しうる場合は別として、(g)の場合のように、家族が戶主の無許諾で他家に入り、しかも檢事によつて期間內に無効訴權が行使されないときには、瑕疵ある婚姻、養子緣組も期間後はそのまま有効に繼續する。[67] 最早、それを無効（取消）にする方法はない。また、期間內であつても、無効訴權が行使される前に、その家族が離婚その他の原因で實家に復歸せんとする場合がある。そうした場合に對處すべき規定が第二四七條二項である。すなわち戶主の復籍拒絕權である。明治民法の場合は、戶主無許諾の婚姻、養子緣組も全て有効に成立するので、去家した家族に對しては一樣に復籍拒絕權がみとめられる（七五〇條二項）。兩法典の復籍拒絕權を比較するに、舊民法の場合は「戶主」が「復歸ノ事由ヲ知リタル日ヨリ一个月內」に身分取扱吏に申出るのであるが、明治民法は「婚姻又ハ養子緣組ノ日ヨリ一年內」に戶籍法に從い屆出る（戶籍法一五〇條）のである。前揭「修正案理由書」は「一个月ヲ改メテ之ヲ一年トシタルカ故ニ戶主ハ熟慮ノ後此制裁ヲ加フルノ餘裕ヲ得ヘシ」[68]と述べ、玉城氏や星野博士もそれに同調されているが、[69] これは中村教授も指摘されるように、[70] 起算點を無視した我田引水の議論である。復籍拒絕權が、實際的に効果をもつのは、復歸の必要が發生した場合であり、明治民法のごとく、その必要以前に拒絕を行つてもただ名目だけの制裁にすぎない。それよりも戶主が「復歸ノ事由ヲ知ツテカラ」拒絕權を行使しうる舊民法の方が、はるかに實際的である。しかもそれは、婚姻、養子緣組が成立してから無期限に行いうるのであり、明治民法が成立後わずかに一年間と限定しているのとは、比較にならない。

(j) 以上は、家族の婚姻、養子緣組に關する戶主の同意權について、舊民法と明治民法を比較したのであるが、明治民法の割合に簡單なのに反し、舊民法はかなり複雜多岐である。舊民法における婚姻無効の規定（第四章第五節）と養子緣組無効の規定（第七

章第四節）は、第一草案以來比較的變化のすくない個所であり、いわば「外國法的要素」のつよい部分である。これに反して戸主の章（第十三章）は、再調査案以來、實質的に追加、強化された部分で、第一草案には全く見られない「家族制度」的色彩がにじみでている個所である。そして兩者が、かならずしも十分に調和しているとはいえない。ここにその原因がある。このような場合、舊民法の解釋としては、後から追加された「家族制度」的要素に、繼受法的要素がうまくマッチする樣な解釋を行うのが、妥當な態度であろう。

私見によれば、家族の婚姻、養子緣組に對する戸主の同意權について、明治民法が舊民法よりも一般的に強化されたとは考えられない。明治民法ではただ戸籍吏の「注意」を無視すれば全て有効に成立し得るに反し、舊民法の戸籍吏の「差止」は、それに違反する戸籍吏に對しては罰則をも伴っている（七四條七五條一三六條）。「差止」がその言葉のごとく「注意」よりも強い證據であろう。もちろん、この「差止」も無視することはできる。しかし、その場合には種々の無効訴權が行使される危險をもつ。「絶對的無效」の場合ならば無期限に、「相對的無效」の場合でも三ヵ月乃至一ヵ年は不安定な狀態がつづく。明治民法のごとく、たとえ離籍が行われても婚姻、養子緣組の効力には影響を及ぼさないが、舊民法の場合に無効訴權が行使されるならば、婚姻、養子緣組そのものが効力を失うのである。このような事情を考慮すれば、舊民法が「戸主の許諾權の欠缺」をいかに重視したかがわかるであろう。再調査案以來、「家族カ隨意ニ去ルハ不都合ナラン」との立場から村田、槇村等が本條の強化を鋭意企圖したことは前章で詳しく述べた通りであるが、彼等の企圖は、無効訴權との關連において達成されていたものと、私は考えたい。

（七）　親族入籍同意權

明治民法第七百三十七條　戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得但其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス前項ニ揭ケタル者カ未成年ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人

ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

舊民法第二百四十八條　他家ニ入リテ夫又ハ婦ト爲リタル者ハ其配偶者ノ死亡シタルトキト雖モ婚家ヨリ更ニ他ノ家ニ入ルコトヲ得ス

然レトモ婚家及ヒ實家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ復歸スルコトヲ得

轉籍の規定であるが、明治民法の方がその範圍が廣い。いずれも、戸主の同意を得て行われる點は同じである。

(八) 引取入籍同意權

明治民法第七百三十八條　婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ前條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

婚家又ハ養家ヲ去リタル者カ其家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ自家ノ家族ト爲サント欲スルトキ亦同シ

舊民法第二百五十六條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲シタル者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得

婚姻若クハ養子緣組ノ無效又ハ離婚若クハ離緣ニ因リテ婚家又ハ緣家ヲ去リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲セシ者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ其家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得

前掲「修正案理由書」にも「人事編第二百五十六條ト異ナル所ナシ故ニ說明ヲ加ヘス」[71]というごとく、實質的には同じである。

(九) 家族の禁治產、準禁治產の宣告又はその宣告の取消の請求權

明治民法第七條　心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ付テハ裁判所ハ本人、配偶者、四親等內ノ親族、戸主、後見人、保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因リ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

同　第十條　禁治産ノ原因止ミタルトキハ裁判所ハ第七條ニ掲ケタル者ノ請求ニ因リ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス

同　第十三條　第七條及ヒ第十條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ス

舊民法第二百二十三條　禁治産ハ配偶者、四親等内ノ親族、戸主及ヒ檢事ヨリ之ヲ區裁判所ニ請求スルコトヲ得

禁治産ヲ請求スル權利ヲ有スル一人ノ申立ニ因リテ言渡シタル裁判ハ總テノ人ニ對シテ既判力ヲ有ス

同　第二百三十一條　禁治産ノ原因止ミタルトキハ本人、配偶者、親族、姻族、戸主、後見人又ハ檢事ノ請求ニ因リテ其禁ヲ解ク可シ

禁治産者ハ解禁ノ裁判言渡後ニ非サレハ其權利ヲ回復スルコトヲ得ズ

同　第二百三十二條第一項二項　心神耗弱者、聾唖者、盲者及ヒ浪費者ハ準禁治産者ト爲シテ之ヲ保佐ニ付スルコトヲ得

準禁治産者ノ言渡ハ配偶者、三親等内ノ親族及ヒ戸主ノ請求ニ因リ區裁判所之ヲ爲ス

同　第二百三十五條　準禁治産ノ原因止ミタルトキハ本人、配偶者、親族、姻族、戸主、保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因リテ其禁ヲ解ク可シ

兩法典共、戸主に宣告又は取消の請求權をあたえていることは同樣である。

(十)　家族の後見人又は保佐人となる權利義務

明治民法第九百三條　前二條ノ規定ニ依リテ家族ノ後見人タル者アラサルトキハ戸主其後見人ト爲ル

註　第九百一條　未成年者ニ對シテ最後ニ親權ヲ行フ者ハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得但管理權ヲ有セサル者ハ此限ニ在ラス親權ヲ行フ父ノ生前ニ於テ母カ豫メ財産ノ管理ヲ辭シタルトキハ父ハ前項ノ規定ニ依リ後見人ノ指定ヲ爲スコトヲ得

第九百二條　親權ヲ行フ父又ハ母ハ禁治産者ノ後見人ト爲ル

妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫其後見人ト爲ル夫カ後見人タラサルトキハ前項ノ規定ニ依ル

夫カ禁治産ノ宣告ヲ受タルトキハ妻其後見人ト爲ル妻カ後見人タラサルトキ又ハ夫カ未成年ナルトキハ第一項ノ規定ニ依ル

同　第九百九條第一項　前七條ノ規定ハ保佐人ニ之ヲ準用ス

舊民法第百六十一條　後見ハ未成年者ノ父又ハ母ニシテ生存スル者ノ死亡ニ因リテ開始ス

父母共ニ生存シ又ハ其一方ノ生存スルモ親權ヲ行フ能ハサルトキ又ハ母カ子ノ財産ノ管理ヲ辭スルトキモ亦同シ

同　第百六十四條　親權ヲ行フ父又ハ母ハ其生前ニ於テ親族、姻族又ハ他人ノ中ヨリ後見人タル可キ者ヲ指定スル權ヲ有ス

同　第二百二十四條　禁治産者ハ之ヲ後見ニ付ス

配偶者ハ當然相互ニ後見人ト爲ル若シ配偶者アラサルトキハ其家ノ父後見人ト爲リ父アラサルトキハ親權ヲ行フコトヲ得ヘキ母後見人ト爲ル

父又ハ母ハ第百六十五條ニ定メタル方式ニ從ヒテ後見人ヲ指定スルコトヲ得若シ指定セサリシトキハ第百六十六條ノ規定ヲ適用ス

法律上ノ後見人モ遺言後見人モ有ラス又ハ此等ノ後見人カ免除セラレ除斥セラレ若クハ罷黜セラレタルトキハ第十章ニ定メタル方式ニ從ヒ親族會ニ於テ後見人ヲ選定ス

註　第百六十六條　父又ハ母カ後見人ヲ指定セサリシトキハ其家ノ祖父後見人ト爲ル但未成年ノ家族ニ付テハ成年ノ戸主後見人ト爲ル

同　第二百三十二條第三項　保佐人ニ付テハ第二百二十四條及第二百二十五條ノ規定ヲ適用ス

兩法典共ほとんど同様である。ただ舊民法の場合には「自治産」の制度（二一三條から二二一條まで）と刑事上禁治産の制度（二三六條）があるので、その場合にも戸主が保佐人（二一一六條）、または後見人となる（二二三七條）ことがある。

（十一）　親族會に關する權利

明治民法第九百四十四條　本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

同　第九百四十五條第一項　親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス

同　第九百四十八條第一項　本人、戸主、家ニ在ル父母、配偶者、本家並ニ分家ノ戸主、後見人、後見監督人及ヒ保佐人ハ親族會ニ於テ其意見ヲ述フルコトヲ得

舊民法第百七十一條　親族會ハ未成年者ノ最近親族三人以上ヲ以テ之ヲ設ク但親族三人ニ滿タサルトキハ未成年者ニ緣故アル者ヲ以テ之ヲ補足ス

本家及ヒ分家ノ戸主ハ親族會ニ列スルコトヲ得

同　第百七十三條　戸主成年ナルトキハ家族ノ爲メ親族會ヲ設クルコトヲ要セス

舊民法における親族會の規定は、元老院にて著しい修正をうけ、「一般未成年者の爲の親族會」から「未成年戸主の爲の親族會」に變化したことは前章に述べた通りである(本稿(二)本誌前々號五七頁)。殊に第一七三條が、戸主成年なる時は親族會を設けず、戸主自身に親族會の權限をあたえたことは、もつとも注意すべきである。「民法正義」は、同條を「單ニ其戸主ガ後見人ナラサルトキニ限ル」[72]と縮小解釋をしているが、同條の立法過程からみると、その解釋は誤つている。そのような規定を設けることは、法律取調委員會において槇村から提案された。[73] その理由は「成年ノ戸主一家ヲ主宰シテ家族ノ後見ヲ爲スニ何ソ親族會ヲ組成スルコトヲ要セシヤ若シ其戸主ニテ不安心ノコトアラハ父母ハ必ス後見人ヲ指定シ置クナル可シ」というのであり、また「戸主自ラ後見ヲナストキハ他ニ後見人及ヒ親族會ヲ開設スルノ必要ナシ」ともいつている。尾崎三良、尾崎忠治はそれに同調し、結局、相談會では尾崎三良と槇村の提案で「戸主後見人タルトキハ親族會ヲ組成スルコトヲ要セス、然レトモ四親等以内ノ親族ノ申立アルトキハ區裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聞キ親族會ヲ組成スルコトアル可シ」という條文の新設

が「各員贊成」で決定されている。松岡の發言にも「戸主後見ヲ爲ストキハ別ニ親族會ヲ開設スルカ否ヲ確ニ論決シタシ」とある。[74] この決定は、明らかに戸主が後見人であるとき親族會を不要とする意見である。しかるに、その後どのような論議を經たかはわからないが、その決定は元老院提出案に採用されず、結局元老院の審議で實現したものである。これも法律取調委員會では達成できなかつた槇村の意見が漸く實を結んだ一例であろう。しかもそれは、前述の決定よりさらに一歩をすすめ、戸主が後見人であるときに限らず、戸主が後見人でない場合にも、戸主が成年ならば、親族會を設けない規定として出現したのである。前掲「人事編俗解」が「戸主成年ナルトキハ家族ノ事ヲ負擔スルモノニシテ別ニ親族會ヲ設クルノ要ナシ」と説明するのは、素直な解釋であろう。このように舊民法の親族會は、戸主が未成年のときにのみ原則として置かれる機關であり、[76] 本家、分家の戸主が當然にそれに列席しうるのも故なしとしない[76]（第一七一條第二項、これは元老院で挿入した規定である）。

これに反して、明治民法の親族會は、戸主が成年であるか否かは關係なく、戸主は會議の開催を請求しうるが（九四條）、たとえ成年者であつても、親族會員でないこともあり、その時は親族會に出席して意見を述べうるにすぎない（九四條）。また本家、分家の戸主も當然には會員とならず、そのときは、これまた出席して意見を述べるだけである（同）。

兩法典を比較し、いずれが戸主の地位を重んじたかは、いわずして明白であろう。

（十二）家族の庶子及び私生子の入籍同意權

明治民法第七百三十五條　家族ノ子ニシテ嫡出ニ非サル者ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス

嫡出ニ非サル子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス

舊民法　ナシ

元老院提出案までは存在したこの種の規定を、元老院で削除したことは前章で述べた（本稿(二)本誌前號五四頁）。それが、從來の慣習に一任したものであることも、その際説明した通りである。明治民法の規定は、戸主權の「觀念的強化」の一例である。

(十三)　他家相續、分家、廢絶家再興の同意權

明治民法第七百四十三條　家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續シ、分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得但未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

舊民法　ナシ

註　戸籍法第五十九條(第一議會提出政府原案)(77)　分家ヲ爲シ、廢家絶家ヲ再興シ若クハ一家ヲ新立シタルニ因リテ戸主ト爲リタルトキハ戸主ヨリ十日内ニ左ノ諸件ヲ具シテ其旨ヲ屆出ツ可シ但分家ノ場合ニ於テハ本家戸主モ共ニ屆出ツ可シ

第一　戸主ノ氏名、出生ノ年月日時、職業、本籍地

第二　家族ノ名、出生ノ年月日時

第三　戸主及ヒ家族ノ養實父母ノ氏名、職業、本籍地

第四　戸主ト爲リタル原因、年月日

廢家絶家ノ再興ニ付テハ其再興セントスル家ノ最近親屬及ヒ其家ノ本家又ハ分家ノ戸主許諾書ヲ差出ス可シ

分家に關する規定が元老院提出案までであり(三五條)、しかもそれは戸主の同意を要しないものであつたことは前に述べた。この規定が何故元老院で削除されたか、疑問があることは前章でも述べた通りである(本稿(二)本誌前々號五二頁)。また廢家絶家再興の規定も元老院提出案には存在し(三五六條)、「本家」「分家」「戸主ノ許諾」を必要としていたのを同じく削除したのであり、この理由もわからないことは、やはり前章で述べた(同前)。

分家は舊民法自身も否定していたわけではなく、分家の文字がある條文もすくなくない(財産取得編第三〇七條第三五八條人事編第二五一條第一七一條等)。おそらく元老院委員會の忘失とみるべきであろう。廢絶家再興の問題は「慣習」に一任する企圖とも思われるが、あるいはこれも立法上の過失であつたかも知れない。

舊民法公布後、その附屬法案として内務省で起草され第一議會に提出された戸籍法案によると、前掲第五九條にこれらの

點を規定している。分家の場合は本家戸主を共同屆出人にし、廢絶家再興の場合は「本家又ハ分家ノ戸主ノ許諾書」を添付させている。共同屆出人にしたことは、結局實質的にみれば、戸主の許諾なくしては、分家がなしえないことを意味する。このような取扱は、明治前期の慣習法に則したものであつた。[78] 實體法の缺除を、手續法で補塡するのはもちろん變則であるが、舊民法公布後その缺陷をみとめ、止むを得ず行われた措置であろう。したがつて、もしも舊民法が施行されていたとするならば、このような戸籍法によつて、これらの戸主同意權が舊民法のそれに附加されていたことであろう。

明治民法の場合、分家する家族に對する戸主の同意權と同じく、廢絶家を再興せんとする家族に對し、その家族の屬する家の戸主の同意權を規定するが、前掲戸籍法の場合は、廢絶家の本家または分家の戸主の同意權であつて、廢絶家を再興せんとする者の屬する家の戸主の同意は必要でない。この點は若干の相違がある。また他家相續については、舊民法、第一議會提出戸籍法共に何の規定もない。

（十四）家族たる養子が養親の死亡後、離緣をなす場合の同意權

明治民法第八百六十二條第三項　養親カ死亡シタル後養子カ離緣ヲ爲サント欲スルトキハ戸主ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得

舊民法　ナシ

舊民法第一草案は「緣組ハ人ノ身分ヲ變更スル行爲ニシテ民法上親子ノ關係ヲ造成スルモノナレハ其確定シテ變更セサルヲ良シトス」[79]との見解から、養子緣組の離緣をみとめていなかつたが、再調査案以來、離緣の規定を設けたものである。そして離緣が、原則として養親養子兩者の生存中のみ可能であるという態度は終始一貫している（再調査案第一八三條第一八八條元老院提出案第一九三條第一九八條舊民法第一四一條）。それがため明治民法第八六二條三項に該當する規定を有しないのである。しかし、他方舊民法第一四二條二項「養子ト爲リタル者カ禁治産中ニ在ルトキハ實家ノ父母、祖父母又ハ戸主ヨリ離緣ヲ請求スルコトヲ得」という規定は、明

治民法に存在しない。明治民法では、この場合、本人が後見人の同意を得て請求しうるのである（八六四條七七四條）。

以上は明治民法と舊民法の規定を、戸主權を中心として逐條的に比較論評したものである。もう一度ここで、概括的にこの問題を整理すれば、次のような結論が生ずるであろう。まず家の構成については、舊民法が夫婦中心の小家族制を豫想し、明治民法がより大家族制を構想したともみられず、戸主は男子たるべしの原則も實質的にみれば、明治民法がかならずしも強化されたとはいえない。親族入籍同意權、引取入籍同意權の相違も僅少であり、家族の後見人、保佐人となる權利義務、家族の禁治産準禁治産の宣告又はその宣告の取消請求權もほとんど變化がない。戸主の家族に對する居所指定權、家族の庶子、私生子の入籍同意權については、明治民法に戸主權の「觀念的強化」があらわれているが、他方、戸主の扶養義務、親族會に對する權利のごときは、明治民法の方が戸主の立場を弱めているし、戸主と家族の財産關係もまた舊民法の方が「家族の財産所有」の觀念に乏しい。戸主の家族の婚姻、養子緣組に對する同意權はもつとも議論の多い點であるが、これも兩法典における養子緣組の制度上の相違を考慮すれば、ほとんど同じである。分家、廢絶家再興に對する戸主の同意權は、舊民法上の缺陷とみられるが、しかし、その附屬法である戸籍法で、補塡さるべきものであつたことを思えば、明治民法の戸主權强化の證據とも考えられない。其の他、民法學者によつて「戸主權ではない戸主の權利」といわれるもの、すなわち自ら隱居（舊民法財産取得編第三〇六條―三一一條明治民法第七五二條―七五五條）、廢家をなす權利（舊民法第二五一條明治民法第七六二條―第七六三條）、また家督相續人廢除及び指定の權利（舊民法財産取得編第二九七條第二九九條明治民法第九七五條第九七九條）あるいは家族の遺産を相續する權利（舊民法財産取得編第三一三條明治民法第九九六條）等にも、取りたてていう程の違いはないが、家族の遺産を相續する戸主の順位は、舊民法が明治民法よりやや上位である。[80] 要するに、兩法典の戸主權は一言にしていえば「大同小異」と稱すべきであろう。それは兩法典の半封建的性格の類似性、いいかえると近代的なものと前近代的なものとの交錯の度合が、ほとんど同じであつたことの表現にほかならない。

(1) 從來、舊民法の立法趣旨を論ずる場合、第一草案の說明書である「民法人事編理由書」を典據として利用することは、かならずしも珍らしくはないようである。第一草案と同一趣旨の條文に對してならばそれもよかろうが、全く變化してしまつた規定にまで、同書を利用することは見當違いであることを注意すべきであろう。

(2) この派の主なる文獻は、平野義太郎「明治法學史に於ける一學派」・「家を中心とする身分法の成立史」(何れも「日本資本主義の機構と法律」所收)、玉城肇「日本家族史—明治以後—」(家族制度全集・家・史論編Ⅳ)・「日本家族制度論」、星野通「明治民法編纂史研究」・「民法典論爭史」及び註(4)にあげる同氏の諸論文等。

(3) 我妻榮教授は「現行法(明治民法を指す—手塚註)が舊民法に比して半封建的家族制度の復活を實現したと判斷することに對しては、贊成を躊躇せざるを得ない」と「通說」に反對され、その理由は明治民法の「審議の全過程を檢討して、この說を肯定する根據は遂にこれを發見し得ない」とされている(家族制度法律論の變遷・「家の制度」二〇三頁—二〇四頁)。中川善之助教授は「どつちが近代的であり、どつちが封建的であつたかは一概に斷定できない」とされ、二、三の例をあげて居られる(註釋親族法上卷・四頁)。

(4) 中村敎授が「民法典論爭の性格」(本誌第二五卷第十號)において、星野博士、玉城氏等の「通說」を批判されたのに對し、星野博士は「再び『舊民法典と松岡康毅の身分法論』について」(松山商大論集第三卷第二號)を書いて答えられたが(穗積先生追悼論文集「家族法の諸問題」所載の同名論文に前文を追加され且つ內容を多少訂正されたもの)、さらに中村敎授が「舊民法とその性格」(本誌第二六卷第二號)を書いて問題を追求されるに及び、星野博士も「舊民法人事編の性格について—再び慶應大學中村敎授に答ふ」(松山商大・創立三十週年記念論文集)を書いて反駁された。その後、星野博士は「舊民法典人事編性格論補考」を發表し、相變らず自說の正當性を主張されて「中村論か、私見か、いづれの法典性格論が正しいかは結局第三者の批判にまつ外ないであろう」と述べておられる(松山商大論集第四卷第二號八頁)。本稿が、そうした「第三者の批判」のささやかな一つとして、星野博士にうけとられるならば幸である。

(5) 拙稿「星野通敎授著『民法典論爭史』を讀みて」本誌第二三卷一、二、三合併號・九一頁。

(6) 「民法中修正案理由書」は明治三十一年六月博文館から出版された「民法商法修正案理由書」に掲載されたもので、その凡例によると、「法案を今期帝國議會に提出するに當り、その說明を助けんが爲に兩院に回送したるもの」である。執筆者は明示してないが、仁井田益太郎博士の「民法編纂の思ひ出」によると、民法起草補助委員が執筆したものといわれている(文藝春秋第十五卷六號五頁)。補助委員は仁井田博士をはじめ仁保龜松、松波仁一郎の三博士である。

(7) 我妻・前揭書・一八六頁。

(8) 中村・前掲論文・本誌第二五卷十號一二頁―一三頁。
(9) 玉城・前掲家族史・前掲全集二〇〇頁―二〇一頁、前掲家族制度論八三頁―八五頁も同趣旨。
(10) 星野・前掲論文・前掲記念號三二一頁―三二二頁。
(11) 青山道夫「戸主權論」日本家族制度の研究・四九頁。
(12) 「民法草案人事編理由書」上卷・第一章二五枚目裏。なお、玉城氏は、親屬と親族の「區別は十分には明かでないけれども、親屬は明治民法の血族にあたるものであり、親族はもつとひろい關係をもつもののようである。ただ親族の内容がはつきり規定されていないので、兩者の差異が明かにならない。ボアソナードにおける親族はなんらの法律上の關係ももたず、慣習上で親族と稱せられているものを指しているようである。」といわれるが(前掲家族制度論・八〇頁)これは誤解であり、舊民法の「屬」は續き柄すなわち「法律上の關係」をいい、「族」はその關係の「人」を指す。
(13) 「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」(上)學振版・二四〇枚表。
(14) 「戸主ノ婦ハ其戸主ノ家族ト爲ス」をわざわざ第二項とする特別の意味もないし、また第一項に入れる場合「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ其家ニ在ル親族及ヒ戸主ノ配偶者ヲ謂フ」とすれば、戸主からみて遠い姻族まで(六又は七親等)が戸主の配偶者の前に出る。立法技術としては、やはり「戸主ノ配偶者」を前におくのが順當であろう。なお配偶者を親族中に加えないことは、舊民法が第一草案以來終始變らない點であるが、それに對する異見が編纂中に述べられたような形跡も、私の知る限りではない。この點は明治民法(七二五條)の場合とは異なり、たしかに西洋民法の構成に倣つたものといえる。從つて、私は、それについては「通說」に敢て反對しない(例えば星野・前掲論文・前掲記念號三二一頁參照)。
(15) 元老院において行われた修正理由は、殘念ながら明らかでない。
(16) 註(10)に同じ。
(17) 玉城・前掲家族制度論・九六頁。
(18) 前掲人事編理由書上卷・十二章二枚目裏。
(19) 松岡は前掲「民法人事編ニ對スル各意見」において「戸主ヲ代表シト云フハ如何ナル名義タルヤ甚タ不明ナリ」と述べている(「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」(三)學振版・二〇九枚裏)。
(20) この草案に對して、秋田始審裁判所は所長薄井龍之他四名の裁判官から共同で「本邦ノ慣習」に從い、第一草案の復活を具申しているし、また福岡縣知事安場保和も同樣の意見を述べている(「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」(中)學振版・六五枚裏)。また福

井始審裁判所長芹澤政溫、同檢事田中來三郎も「婦ノ權威ノ下ニ在ル入夫ハ必スヤ人ノ避ケントスル所トナル」から婦が「良緣ヲ得ル能ハス」という理由で、同意見を具申している（前掲書・二四枚表）。

(21) 「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」（二）學振版・二二九枚裏。尾崎の指摘するごとく、家產保持のみのためならば、法定夫婦財產制の規定の仕方で十分目的を達するのであり、女戶主の存續をみとめることは、立法技術としては甚だ拙劣である。尾崎がそれに反對し、松岡が疑問を述べているところからみると（註(19)參照）、「戶主ヲ代表シ云々」の條文は、彼等進步派の構想ではなかつたものと推定される。このことは同條が男女平等思想によるものではないとする私の見解を一層確實に裏付けるものであろう。なお、うがつた推測をすれば、正當な議論も尾崎の主張であつたから、彼の反對派すなわち槇村、村田等の保守派にうけ入れられなかつたのであろう。

(22) 法律取調委員の一人である箕作麟祥も第一草案を改めた理由を「矢張家ヲ重ンスルト云フヤウナ論カ盛ンデアツテ女カ外カラ這入ツテ來テ戶主ト爲ルノハ往カナイカ戶主ハ家ニ着イテ居ルカラ夫レヲ女ニ着ケナケレハナラスト云フヤウナコトデアツタ」といつている（「法典調査會議事速記錄」學振版・第四三卷五六枚裏）。

(23)(24) 樋山廣業「民法人事編俗解」（明治二四年）三六五頁―三六六頁。

(25) 前掲速記錄・學振版・第四三卷五七枚表。

(26) 玉城・前掲家族史・前掲全集二二二頁。

(27) 村田保が女戶主をどのように考えていたか、彼が財產獲得編第二部再調査案？第五四八條に對して述べた意見に曰く「入夫タリトモ夫ハ夫ナリ卽婦ノ管理者ナリ又戶主タリトモ婦ハ婦ナリ」「凡ソ男子タル者カ己レノ物ヲ己レカ隨意ニ爲スヲ得スシテ一一己ノ妻ニ承諾ヲ請フヘシトハ如何ナル鼻垂涎流ノ者タリトモ自ラ男子タル事ヲ知ル者ハ死スルモ決シテ入夫タラサルヘシ、若シ法律ヲ以テ男權ヲシテ女權ニ劣ラシムル事此ノ如ク卑且陋ナラシムレハ、恐ラク世界無二、古今未曾有ノ愚法ナリトノ譏ヲ受ケン」（「民法編纂ニ關スル意見書」（一號）學振版・三七三枚表裏）。父權萬能思想であり、男女平等のごときは全く考慮外であつたことがわかる。舊民法は、このような思想の人々が、主導權を握つて成立したことを忘れてはならない。因みに、この第五四八條が修正されたのが、財產取得編第四三〇條のように思われるが、その立法過程を知りえないのを遺憾とする。

(28) 前掲修正案理由書によると「是亦舊慣ニ仍レルモノナルカ故ニ別ニ說明ヲ費サス」（一〇頁）と云うが、但書の部分が、從前の慣習に反することは、明治民法施行直後に出版された「民法雜誌」が「理由書には從來の舊慣に依りたる旨の說明あれども此の如き慣習は未た曾て無き所なり」（第一九號一一七二頁・明治三十四年）と指摘する通りである。當時の舊慣については「民法正義」人事編卷之二明治二十三年民法（舊民法）における戶主權

六三頁以下參照。玉城氏は「妻が夫に對して自らの戸主權を維持するために意思表示をするなどということはあり得ない」といわれる(玉城・前掲家族制度論・九六頁)。しかし、それだからといって、そうした但書のもつ意味を無視したのでは、法典の比較は成り立たない。

(29) 法典調査會において長谷川喬委員は「夫ト云フ資格カラ見レハ女房ニ對シテえらいヤウタカ戸主トイフ名義カラ見レハ女房ノ命令ニ從ハナケレハナラヌト云フコトニ爲ルトトウモ不權衡ト思ヒマス既成法典ノ如クスルナラハ更ニ戸主權ヲ代表シテ行ツテ居ルカラ衡突ヲ來サヌケレトモ是テ見ルト云フト戸主制度ヲ認メテ置テ妻タル者カ夫ノ上ニ立ツテ命令權ヲ持ツト云フコトハ如何ニモ不都合ト思ヒマス」(前掲速記錄・學振版・第四三卷五八枚裏)と、舊民法と比較して、この例外に反對していることを想起すべきであろう。

(30)(31) 前掲修正案理由書・一五頁。

(32) 玉城・前掲家族制度論・一二二頁。

(33) 梅謙次郎「法典批評・扶養の義務」法學協會雜誌第一二卷七號五九一頁—五九二頁。星野教授は「舊法典においては勿論戸主と親との養育義務に關する順位をさだめられていないが、寧ろ自然法的精神に立脚して舊法典が制定されたとせば、戸主と親とが同一人に非ざるかぎり親が、從て緣組による親子關係においては寧ろ養親が戸主の先順位者として養子に對する養育義務を果さねばならないことになると解すべきであろう」(前掲論文・前掲記念號・三三一頁)といわれる。「自然法的精神云々」というのは、博士によると「起草者」は「ボアソナードの薫陶をうけた自然法學的傾向のフランス法學履修者であつた」(前掲書・三一九頁)とされるからである。しかし、前章で述べたごとく、それは第一草案の起草者であつて、その後の修正には、彼等は實質的には關係しない。戸主制度のごときももちろん彼等の立案ではない。とすれば、星野博士はその見解を改められるや否や、御教示を得たい點である。

(34) 玉城氏は明治民法の「扶養ノ義務ヲ負フ」というのは「强」い「表現」であり、舊民法の「養育ノ費用ヲ負擔ス」というのは「比較的弱」い「表現」であるといわれる(前掲家族史・前掲全集・二一四頁)。これは言葉に對する感覺の問題であろうが、私はそのような感じをうけない。我妻教授も玉城氏の說に反對しておられる(前掲書・一九五頁)。

(35) 「明治以降教育制度發達史」第三卷一二三頁—一二四頁。

(36) この事情については、青山教授が詳しく考證されている(前掲書・四三頁以下參照)。

(37) すでに前掲「民法雜誌」も「離籍は此民法の創制なり」と、この點を指摘していた(第二〇號・一一九五頁)。

(38) 星野・前掲論文・前掲記念號・三二五頁。

(39) 我妻教授も明治民法が居所指定權を「多少强化した」といわれ(前掲書・一九五頁)、中村教授も「舊民法が明治民法と比較して進步

的だといわれるのは、この點だけである」としておられる（前掲論文・本誌第二五卷十號一〇頁）。

(40) 玉城・家族史・前掲全集二一二頁、前掲家族制度論・一一八頁も同趣旨。

(41) 前掲修正案理由書・一六頁。

(42) 中田・前掲家族制度の沿革、法學新報第七三三號七頁。

(43) 玉城・前掲家族制度論・一二〇頁。

(44) 「民法正義」人事編卷一・第四章二〇七頁—二〇八頁、第七章一三六頁。

(45) 再調査案では、緣組には「尊屬親又ハ親族會ノ許諾書」（三九條第三）、婚姻には「父母、祖父母、親族會ノ許諾書」（一五七條第五）と、限定的に書かれ、その代り戸主の許諾書は第三四七條第三項に規定した。元老院提出案では、第三五四條第三項は、再調査案第三四七條第三項そのままであるが、前の二點はいずれも「婚姻ニ必要ナル許諾書」（五三條第三）、「緣組ニ必要ナル許諾書」（六八條第五）と包括的文言に改められていた。

(46) 前掲人事編俗解・三五二頁。

(47) 前掲修正案理由書・一八頁。

(48) 推定家督相續人については、第一三〇條一項により禁止されていることが明らかであるから、その事を述べているとは考えられない。

(49) 玉城・前掲家族史・前掲全集二〇八頁、前掲家族制度論・一〇五頁。

(50)(51) 星野「『舊民法典と松岡康毅の身分法論』に關する一、二の補正」松山商大論集第三卷三、四合併號一三三頁—一三四頁。

(52) 星野・前掲論文・前掲記念號三二八頁—三三三頁。なお、我妻教授も「養子を迎えた者については制裁を定めない」と簡單にいい切っておられる（前掲書・一九三頁）。

(53) 中村・前掲論文・本誌第二六卷二號一四頁—一五頁。

(54) 「民法人事編ニ對スル各意見」（「民法ニ關スル諸意見書綴込」學振版・一〇五枚表）。

(55) 星野・前掲論文・前掲記念號三三三頁。

(56) 立法技術からは、檢事だけに限定した方が、主旨がはっきりしたかも知れない。また「當事者及現實ノ利益ヲ有スル者」を殘すならば、戸主や尊屬親という文言も入れる方が、他の條文とよりよく調和したであろう。

(57) 註(47)に同じ。

(58) 星野・前掲論文・前掲記念號三三一頁—三三二頁。なお註(33)に引用した星野説參照。

(59) 註(51)に同じ。

(60) 推定家督相續人は他家の養子になれず(一一條)、男の場合に戸主無許諾の婚姻をしても一家を新立せず(一〇條)、他家相續も禁止されている(財産取得編二九一條)等のことから、間接に「去家禁止」の趣旨であったことがわかる。それがため、それ以外の場合にも去家は出來ないと類推して考える立場も成りたつ。例えば第二五六條の引取入籍の對象になる「卑屬親」には他家の推定家督相續人は含まれずと「民法正義」は解釋している(人事編・卷二・第十三章六一頁)。この考え方に從えば、本文(d)の場合、たとえ戸主が許諾書をあたえたとしても、見分取扱吏の「差止」を受ける場合に該當し、檢事によって無效訴權が行使されうるものとみるべきであろうし、また舊民法第二四六條の婚姻、養子緣組には、推定家督相續人の去家を招來する場合は一切含まずと解釋しなければならない。

(61) 有效說の根據は第七五四條二項の類推である。穗積重遠「親族法」二一六頁以下參照。

(62) 我妻・前掲書一九三頁。

(63) 註(47)に同じ。

(64) 星野・前掲論文・前掲記念號三三七頁。玉城・前掲家族制度論一〇四頁。

(65) 中村・前掲論文・本誌第二五卷十號九頁。

(66) 明治民法の戸主の離籍權は、戸主の任意によるが、舊民法の場合は、自動的な「一家新立」であり、戸主に宥恕の餘地をあたえない。その點では離籍よりも、つよい制裁であったともいえる。法典調査會で、磯部四郎委員が「當然一家ヲ新立スル或ハ分家ヲシタ者ト看做ストカ云フ」當然離籍論を述べたのに對して、富井博士は「當然離籍ト云フコトニスルノハドウモ有害無益ト思フ少ナクモ必要カナイト思フ戸主ニ異存ガナイカ知ラヌ一旦ハ反對ヲシタ反對シタケレトモ婚姻ヲシタ以上ハ家ニ置テモ宜イト云フ考ヘカアルノニ法律カ無理ニ出テ往ケト云フコトニスル必要ハナカラフト思フ」「戸主ノ承諾ト云フモノヲソレ程強イモノニセヌデモ宜イト思フ詰リ義務サヘナイヤウニシテヤレハ宜イノテアリマスカラ直樣離籍ノ手續ヲシテモ差支ナイト思フ」と答えている(前掲速記錄・學振版・第四三卷一七五枚表裏)。「離籍」が「一家新立」よりも弱く考えられていることを注意すべきであろう。

(67) 「絶對的無效」は「公序」に關係することであるから、強い意味をもつが、「相對的無效」はかなり彈力性があるように思われる。

(68) 前掲修正案理由書・一八頁。

(69) 玉城・前掲家族制度論一〇三頁—一〇四頁、星野・前掲論文・前掲記念號三三七頁。

(70) 中村・前掲論文・本誌第二五卷十號一五頁。

(71) 前掲修正案理由書・一一頁。

(72) 前掲民法正義・人事編卷二・第十章四四頁。

(73)(74) 「民法編纂ニ關スル諸意見書綴込」學振版・一一四枚表裏・一一五枚表。

(75) 戸主が禁治産者、準禁治産者及び刑事上の禁治産者の場合にも、未成年の場合と同じく置かれるが、そのような場合はすくないだろう。

(76) 元老院提出案に對して、山口縣知事原保太郎からもこの意見が寄せられている（「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」（中）學振版八一枚表裏）。元老院の修正は、それから示唆をうけたのであろうか。

(77) 最近、「家」制度研究會から「研究資料第五集」として「第一回帝國議會戸籍法案」（ガリ版）がでている。福島正夫氏の御好意でそれを得たので、本案は同書に據つた。その凡例によると「この法案起草の過程については、資料を缺く」とある。なお、これは明治二四年貴族院では修正可決されたが、衆議院で否決された。

(78) 民法施行前の分家については、石井良助博士「明治前期の分家法」（法學協會雜誌第六二卷五號）に詳しい。

(79) 前掲人事編理由書・下卷・第七章三枚表。

(80) 明治民法は、直系卑屬、配偶者、直系尊屬、戸主の順序であるが（九九四條、九九六條）、舊民法は卑屬親、配偶者、戸主の順序である（財産取得編三一三條）。

むすび

私が前々章において舊民法戸主權と成立過程を考察し、それにもとづき前章において明治民法との比較を試みたのは、本稿の「はしがき」で述べたように、中田薫博士の所見を檢討すべきためであつた。博士が舊民法の戸主權を「權利化ではなく義務化」とされる場合、その論據としてあげておられるのは次の點である。(1)

㈠ 第二四四條の戸主の扶養義務は「正に舊時の家長に課せられたる家族保護の倫理的責務を義務化したものに外ならない」。

㈡ 第二四五條の二項は「戸主の義務の新たなる擴大强化と云ふべきであらう」（ここで引用されている條文が誤っていることは前章で指摘した）。

(三) 第二四六條の家族の婚姻養子緣組に對する戸主の同意權は「恰も戸主の婚姻緣組承諾權を認めたものの如く解せらるるが」第二五〇條で推定家督相續人以外の男が戸主無許諾で婚姻すれば一家を新立するから「此婚姻承諾もこれを權利と稱すべきものなりや否や疑問である」。

(四) 第二四七條第二項の復籍拒絶權は「人情に於て當然の事柄であつてこれを以て婚姻緣組承諾權の效果であると斷ずることも亦當を得ない」。

(五) 人事編第十二章のこれ以外の規定も「何れも戸主家族の權利義務に關係なきもののみである」。

これらを根據として博士は、舊民法が「家長對家族の倫理的恩義關係を近代的法文化した我國最初の立法」であると斷定し、これに反し「更にこれを權利化したもの」が明治民法の戸主權であり、したがつて「わが國の戸主權は明治民法によつて初めて完成されたもの」[2]としておられる。けれども、明治民法の戸主權も、強い性質のものとは、博士も考えておられない。何となれば「民法ハ家族居住ノ指定、婚姻ノ承諾、離婚ノ言渡等三四ノ輕微ナル權利ヲ揭ゲテコレヲ戸主權ト名ツケ云々」[3]といわれるからである。明治民法戸主權の强弱の問題は別として[4]、それが「權利化」であり、舊民法の戸主權は「義務化」とされる博士の結論はどうであろうか。前章で私が詳論したように、兩法典の戸主權は大同小異であり、その本質が根本的に相違するとは、私にはどうしても考えられない。明治民法の戸主權を「權利化」としてみとめるならば、舊民法の場合もまた同樣と思われる。博士が「義務化」の根據とされる點は、すべて明治民法の場合にもほとんど實質的には同一の規定であり、これを「義務化」と呼ぶならば、明治民法の戸主權もまた「義務化」と評すべきであろう。博士の所說はかならずしも詳しい論究ではないが、ただに法律學者のみならず[5]、一般史家の間にも影響をあたえつつある有力な學說であり[6]、私もそれを尊重するに吝ならざるものであるが、遺憾ながら贊成しえないのである。もしも博士のいわれるように「戸主權は」「封建制の殘滓ではなく全く明治後半期の所產」であるとするならば、その起源は明治民法ではなく、舊民法の裡に胚胎し

たものというべきであろう。なお、博士の明治前期の法制における戸主權否認論についても、私はいささか疑問をもつ者であるが、それは將來にゆずり、本稿は舊民法戸主權の性格について、未熟なる私見を述べただけで終りたいと思う。(7)

(1)(2) 中田・前掲論文・法律新報第七三三號七頁。

(3) 中田・前掲德川時代の文學に見えたる私法・二一二頁。

(4) 明治民法の戸主權が弱いことは、多くの民法學者によつても指摘されている（我妻・前掲書・一九五頁。山中康雄「市民社會と親族身分法」一八九頁、中川善之助「民法に於ける家」法律時報第一三卷二號二一頁等參照）。

(5) 例えば宮崎孝治郎教授は、この說を全面的に支持されている（前掲民法學の對象・二〇九頁―二一〇頁）。

(6) 例えば家永三郎「近代Ⅱ日本史講座第九講」日本歷史第二九號六二頁。

(7) 本稿の大要は、本年五月、慶應義塾で行われた法制史學會において發表したのであるが、この學會記事を書かれた日本大學の布施彌平治講師は、私の研究發表にも論及され、明治初年法との關連の說明が不足していると指摘されている（日本法學第二〇卷一號九四頁）。その點は、本稿の「はしがき」で述べたように、私も充分承知しており、將來、本誌に「明治初年法における戸主權」を發表したいと思つている。御寬恕を乞いたい。

（完）